41M

12494017

LE ROLE DU PROTECTEUR DU CITOYEN FACE AUX NATIONS AUTOCHTONES DU QUEBEC

Mémoire présenté par

LE CONSEIL DES ATIKAMEKW ET DES MONTAGNAIS

devant

LA COMMISSION DES INSTITUTIONS DE L'ASSEMBLEE NATIONALE DU QUEBEC

Québec, le lundi 22 octobre 1990

Résumé

Le mémoire du Conseil des Atikamekw et des Montagnais traite de deux sujets distincts mais complémentaires. D'abord, de l'obligation générale du Protecteur du citoyen envers l'ensemble des personnes - y compris les membres des peuples ou nations autochtones - dans leurs rapports avec l'Administration publique québécoise. Et, ensuite, de l'obligation particulière du Protecteur du citoyen envers les peuples ou nations autochtones dans leurs rapports avec cette même Administration.

La première partie du mémoire rappelle ce qu'est le mandat du Protecteur du citoyen et démontre pourquoi, jusqu'à présent, ce mandat n'est pas adéquatement concrétisé envers les membres des nations autochtones. Le Conseil des Atikamekw et des Montagnais propose de créer une nouvelle fonction, celle de Vice-Protecteur du citoyen, et de nommer au moins une personne à cette fonction qui ait une bonne connaissance des langues et des cultures autochtones. Il propose également que le Protecteur du citoyen embauche, soit à titre d'adjointes, soit à titre d'employées, des personnes ayant une semblable connaissance du mode de vie des populations autochtones. A son avis, c'est là la meilleure façon pour le gouvernement du Québec de s'assurer que les services du Protecteur du citoyen seront offerts et fournis, en toute égalité, aux membres des peuples ou nations autochtones résidant au Québec. Dans cette première partie de son mémoire, le Conseil des Atikamekw et des Montagnais répond, en outre, à chacune des questions soulevées dans le document de consultation de la Commission des institutions.

La deuxième partie du mémoire traite de l'obligation particulière du Protecteur du citoyen envers les peuples ou nations autochtones vivant au Québec ou utilisant une partie du territoire québécois. Cette obligation découle, de l'avis du Conseil, du caractère particulier ou distinct des peuples ou nations autochtones du Canada. Un long exposé sur l'état de la jurisprudence la plus récente en matière de droits ancestraux et issus de traité des peuples autochtones du Canada cherche à dégager les traits caractéristiques de l'obligation de ficuciaire envers les peuples autochtones, qui, de l'avis du Conseil, incombe à tous les gouvernements, qu'ils soient fédéral, provinciaux ou territoriaux. Le Conseil des Atikamekw et des Montagnais souligne que le Protecteur du citoyen, dans sa mission d'assurer le plein exercice des droits des citoyens au sein de l'Administration publique québécoise, a un rôle particulier à jouer à cet égard. Le Conseil réitère sa proposition de créer une nouvelle fonction, celle de Vice-Protecteur du citoyen, et de nommer au moins une personne à cette fonction qui ait une bonne connaissance des droits, des langues et des cultures autochtones, afin d'appuyer le Protecteur du citoyen dans son mandat de veiller à ce que l'obligation de fiduciaire du gouvernement du Québec envers les peuples autochtones soit, bel et bien, mise en oeuvre tant par l'Administration publique, ses fonctionnaires que les sociétés d'Etat québécoises. Le Conseil des Atikamekw et des Montagnais propose également que des adjoints ou des employés du Protecteur du citoyen, ayant une connaissance adéquate, collaborent, eux aussi, à empêcher que des injustices ou des inéquités ne soient commises et ne viennent à porter atteinte aux droits ancestraux et issus de traités des peuples ou nations autochtones, dont l'existence, à titre de nations distinctes, est officiellement reconnue au Québec.

Introduction

Dans le document de consultation publié en septembre dernier [1], la Commission des institutions a invité toutes les personnes et tous les organismes intéressés par le mandat, les orientations, les activités et la gestion du Protecteur du citoyen, à lui exprimer ses points de vue sur l'indépendance du Protecteur du citoyen ainsi que sur son accessibilité et l'efficacité du recours à ses services.

Association créée, en 1975, par les Atikamekw et les Montagnais vivant à l'intérieur des frontières de la province de Québec afin, notamment, de favoriser la conclusion d'une entente relative à leurs revendications territoriales globales, le Conseil des Atikamekw et des Montagnais a décidé de répondre à l'invitation lancée par la Commission des institutions et de lui présenter aujourd'hui le présent mémoire.

Le point de vue adopté dans ce mémoire est, évidemment, celui d'un organisme voué à la défense et à la promotion non seulement des droits mais également des aspirations des membres des nations atikamekw et montagnaise.

Au Conseil des Atikamekw et des Montagnais, nous avons pris l'habitude de parler de notre projet de société, projet qui se fonde essentiellement sur deux grandes notions: le rapport privilégié à notre territoire ancestral et la persistence de notre culture particulière. Ce rapport au territoire ancestral est toujours bien vivant. Il concerne autant les chasseurs de métier que les autres; il fait partie de l'histoire, des légendes, de notre identité; il nous

---

[1] Commission des institutions, Examen du mandat, des orientations, des activités et de la gestion du Protecteur du citoyen, Québec, Secrétariat des Commissions, 1990, 10 p. + annexe.

procure du bien-être. Quant à la persistence de la culture particulière des Atikamekw et des Montagnais, elle aussi est toujours bien vivante. Cette culture est liée à la langue, à la parenté, à la notion de vie communautaire; liée aussi à une façon différente d'envisager la vie, le temps, l'école, le travail, les enfants, les personnes âgées, etc. Mais ce qui est plus important de souligner, aujourd'hui, c'est que cette culture est gravement menacée, depuis quelques années, parce que les Atikamekw et les Montagnais participent à une société qui leur demande de s'intégrer sans qu'elle ne prenne la peine, pour sa part, de connaître ni de respecter cette culture. Notre projet de société vise, évidemment, à assurer l'existence et le maintien de notre rapport privilégié à notre territoire ancestral ainsi qu'à protéger notre culture dans un contexte contemporain.

Dans notre mémoire, nous souhaitons attirer votre attention sur deux sujets particuliers qui concernent indirectement notre projet de société. S'il est clair que ce projet de société a de bonnes chances d'être inscrit dans les lois du Québec suite à une négociation globale concernant tout aussi bien nos droits sociaux, économiques et culturels, que nos droits civils et politiques, y compris nos droits territoriaux et notre droit à l'autonomie gouvernementale, rien n'empêche d'utiliser toutes les institutions qui sont déjà à l'oeuvre au sein de la société québécoise pour appuyer, sinon renforcer, notre propre projet de société. Autrement dit, une institution comme celle du Protecteur du citoyen peut également favoriser la protection de notre rapport privilégié à notre territoire ancestral et de notre culture dans le contexte particulier du mandat qui est le sien. C'est ce que nous chercherons à démontrer en discutant, dans un premier temps, de ce qui nous apparaît être l'obligation du Protecteur du citoyen envers l'ensemble des citoyens, y compris les personnes d'origine autochtone et, dans un deuxième temps, de ce qui nous semble être l'obligation particulière de ce même Protecteur du citoyen, cette fois, envers les nations autochtones.

*

* *

I. L'OBLIGATION DU PROTECTEUR DU CITOYEN ENVERS L'ENSEMBLE DES PERSONNES DANS LEURS RAPPORTS AVEC L'ADMINISTRATION PUBLIQUE QUEBECOISE

Dans cette première partie de notre mémoire, nous traiterons, d'abord, du mandat général du Protecteur du citoyen envers l'ensemble des citoyens du Québec - y compris les membres des nations autochtones ou des communautés culturelles -, et nous identifierons, ensuite, les moyens qui nous apparaissent les plus susceptibles d'assurer la réalisation concrète de ce mandat.

A. Un mandat à poursuivre et à améliorer

Devant l'état d'infériorité notoire du citoyen face aux ministères et organismes gouvernementaux, le législateur a choisi, il y a déjà plus de vingt ans au Québec, de créer une institution ayant pour mission d'agir comme contrepoids à la lourdeur et aux excès de la bureaucratie gouvernementale. Devant assurer le plein exercice des droits des citoyens au sein de l'Administration publique, le Protecteur du citoyen intervient non seulement afin de corriger des situations d'injustice causées par de l'arbitraire ou une pure illégalité, mais également lorsque la rigueur administrative risque de porter atteinte au bon sens ou à l'équité [2] . Sauf dans les cas d'exceptions prévues à la loi, dès qu'il a « des motifs raisonnables de croire qu'une personne ou un groupe de personnes a été lésé ou peut vraisemblablement l'être par l'acte ou l'omission d'un organisme public, de son dirigeant, de ses membres ou du titulaire d'une fonction, d'un emploi ou d'un office qui relève de ce dirigeant », le Protecteur du citoyen a pour mission d'intervenir soit de sa propre initiative, soit à la demande de la ou des personnes concernées [3] .

---

[2] Le Protecteur du citoyen, Rapport annuel 1988-1989, Sainte-Foy, 1990, pp. 7 et 8.

[3] Voir article 13 de la Loi sur le Protecteur du citoyen, L.R.Q. chapitre P-32.

[4] Le Protecteur du citoyen, supra note 2, p. 9. Lire également l'article 3 de la Loi sur la fonction publique.

Dans ses interventions auprès de l'Administration publique, le Protecteur du citoyen lui rappelle constamment ce qu'est sa mission; soit « de fournir au public les services de qualité auxquels il a droit, de mettre en oeuvre les politiques établies par l'autorité constituée et d'assurer la réalisations des autres objectifs de l'Etat » [4] . Le fonctionnaire qui agit au sein de cette Administration publique doit, pour sa part, « exercer ses fonctions dans l'intérêt public, au mieux de sa compétence, avec honnêteté et impartialité et il est tenu de traiter le public avec égards et diligence » [5] . Le Protecteur du citoyen a souligné, à plusieurs occasions, que l'Administration publique prise dans son ensemble et chacun de ses fonctionnaires doivent être eux-mêmes les citoyens les plus exemplaires. En conséquence, a-t-il ajouté, tant les décisions qu'ils prennent que les actions qu'ils posent doivent refléter « un comportement juste, responsable, compétent, honnête, impartial, respectueux et diligent » [6] .

Evidemment, face à de telles notions susceptibles d'interprétations multiples, il y a toujours un risque de voir, d'une part, l'Administration publique l'interpréter à sa façon et, d'autre part, le citoyen de la sienne. Mais le Protecteur du citoyen a voulu éviter de tels imbroglios et a lui-même apporté des définitions précises à ces notions fondamentales qui régissent les rapports entre l'Administration et les citoyens.

Ainsi, selon lui, le devoir du fonctionnaire d'agir dans l'intérêt public oblige ce dernier non seulement « à respecter et appliquer la loi en tenant compte des buts poursuivis par le législateur », mais également à assumer immédiatement ses responsabilités même lorsqu'il existe une instance de révision ou d'appel de ses propres décisions [7] . Quant à la question de savoir ce que signifie intervenir avec compétence, le Protecteur du citoyen déclare que cette notion exige des fonctionnaires qu'ils possèdent et utilisent avec un esprit critique tant les connaissances générales que techniques nécessaires à leur secteur d'activité. C'est ainsi qu'ils devraient, à titre d'exemple, identifier les lacunes dans les normes qu'ils appliquent et les

---

5 Ibid. Lire également l'article 5 de la Loi sur la fonction publique.

6 Ibid.

7 Le Protecteur du citoyen, supra note 2, p. 10.

signaler à ceux qui en décident [8] . Par ailleurs, l'honnêteté exige que l'Administration reconnaisse ses erreurs et qu'elle accepte de dédommager ceux qui ont pu en subir des conséquences [9] . L'impartialité exige, quant à elle, que les fonctionnaires agissent en toute objectivité et en toute neutralité ou, autrement dit, qu'ils ne penchent ni pour l'une ni l'autre des parties que ce soit en raison d'affinités, d'antipathies ou de préjugés [10] . Toujours selon le Protecteur du citoyen, le devoir du fonctionnaire de traiter le public avec égard comporte deux volets. D'une part, cette notion est liée au devoir d'informer le public en évitant le jargon administratif et, d'autre part, elle exige des fonctionnaires une réponse satisfaisante aux personnes qui s'attendent de leur part soit à des relations personnalisées, soit à une relation d'aide. Bref, un fonctionnaire doit toujours éviter de traiter une personne comme un dossier ou un code informatique [11] . Enfin, le devoir d'agir avec diligence signifie, selon le Protecteur du citoyen, que les fonctionnaires doivent faire preuve d'une réaction empressée et active devant chaque demande qui leur est faite, et ce même lorsqu'il s'agit d'apprendre une mauvaise nouvelle à un citoyen [12] .

Au Conseil des Atikamekw et des Montagnais, nous partageons l'opinion du Protecteur du citoyen quant à la mission de l'Administration publique et aux devoirs des fonctionnaires qui l'incarnent et nous sommes, en outre, persuadés que cette mission et ces devoirs doivent être remplis dans le plus grand respect des normes d'égalité protégés tant par la Charte canadienne des droits et libertés [13] que par la Charte des droits et libertés de la personne [14] . C'est dire que tous les citoyens - peu importe leur origine, quelles que soient leur langue et leur culture, et y compris, bien entendu, les membres des peuples ou nations autochtones - que tous les citoyens donc, sont en droit de recevoir de la part de l'Administration publique des services de qualité grâce, notamment, à un comportement non seulement juste,

---

[8] Ibidem.
[9] Ibidem.
[10] Ibidem.
[11] Ibid., p. 11.
[12] Ibid., pp. 11 et 12.
[13] Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, U.K. 1982, c. 11, annexe B.
[14] L.R.Q., c. C-12.

responsable et compétent, mais également honnête, impartial et diligent de chacun des fonctionnaires qui sont les agents de cette Administration. Il va sans dire que cette norme d'égalité s'applique également, en vertu des mêmes règles constitutionnelle et quasi-constitutionnelle, au Protecteur du citoyen lui-même.

Or, le Protecteur du citoyen affirme qu'on lui refuse d'assumer pleinement ses responsabilités auprès des populations ou des peuples autochtones [15]. En fait, ces populations n'utilisent pas les services du Protecteur du citoyen dans la même proportion que les francophones du Québec en général et il est plus que probable que cette situation s'explique par deux raisons des plus faciles à comprendre. D'abord, parce qu'en fait ces populations ne sont pas informées des services offerts par le Protecteur du citoyen. Et, ensuite, parce qu'il existe encore aujourd'hui des barrières culturelles et linguistiques réelles qui limitent ces populations dans leur capacité de recourir au Protecteur du citoyen, lorsque le besoin s'en fait sentir [16]. Le Protecteur du citoyen a proposé au gouvernement du Québec de remédier à cette situation, d'une part, en informant adéquatement ces populations de son existence et des services qu'il offre à l'ensemble de la population et, d'autre part, en embauchant, à titre d'employés ou d'adjoints du Protecteur du citoyen, des personnes ayant une bonne connaissance des langues et des cultures des peuples autochtones vivant au Québec [17].

La norme d'égalité, qui est doublement protégée au Québec, doit, à notre avis, s'interpréter en tenant également compte des droits culturels qui sont reconnus à l'ensemble des membres des minorités [18]. Considérées comme un tout, ces normes nous semblent exiger du gouvernement du Québec qu'il adopte des mesures permettant d'atteindre véritablement l'égalité, c'est-à-dire qui permettent de franchir les obstacles empêchant actuellement les

---

15 Il est à noter que le Protecteur du citoyen affirme que la situation est identique en ce qui concerne les minorités ethniques et culturelles et les Angloquébécois; Le Protecteur du citoyen, Rapport annuel 1988-1989, Sainte-Foy, 1989, p. 15.

16 Ibid., p. 17.

17 Cette proposition n'a toutefois pas été retenue par le gouvernement du Québec; Ibid., p. 16.

18 Voir l'article 27 de la Charte canadienne des droits et libertés et l'article 43 de la Charte des droits et libertés de la personne.

membres de ces minorités, y compris les membres des peuples ou nations autochtones, de bénéficier au même titre que les citoyens francophones des institutions québécoises telles que le Protecteur du citoyen [19].

En termes plus concrets, si le gouvernement du Québec persiste dans son attitude de refuser de permettre au Protecteur du citoyen d'informer les populations autochtones de son existence et des services qu'il offre, en théorie, à l'ensemble de la population québécoise, on pourra affirmer qu'il porte atteinte au droit des populations autochtones de recevoir les mêmes services que les francophones du Québec. Et si le gouvernement du Québec persiste également dans son refus de permettre au Protecteur du citoyen l'embauche d'employés ou d'adjoints ayant une bonne connaissance des langues et des cultures autochtones, on pourra affirmer qu'il porte atteinte au droit des populations autochtones de recevoir des services de l'Administration publique qui tiennent compte de leur spécificité culturelle.

Dans un cas comme dans l'autre, une telle attitude du gouvernement du Québec nous apparaît, évidemment, des plus regrettable. D'abord, parce qu'elle nous semble contraire au droit à l'égalité des minorités culturelles vivant au Québec mais, aussi, parce qu'elle semble indiquer aux peuples ou nations autochtones que la seule façon de bénéficier des institutions québécoises, c'est par la voie de l'assimilation. En effet, si, par exemple, pour un citoyen montagnais de La Romaine ne s'exprimant qu'en sa langue maternelle, il est impossible de connaître le rôle du Protecteur du citoyen et s'il lui est impossible de discuter, dans sa langue, avec des employés ou des adjoints du Protecteur du citoyen, des problèmes qu'il rencontre dans ses rapports avec l'Administration publique, quelle leçon peut-il en tirer, sinon que ces services ne sont offerts qu'à ceux qui parlent le français ?

C'est en ce sens que l'amélioration du mandat du Protecteur du citoyen rejoint notre projet de société. En effet, comme nous vous l'indiquions en introduction, le Conseil des Atikamekw et des Montagnais cherche, par tous les moyens mis à sa disposition, à protéger la culture de ses membres dans le

---

[19] Lire à ce sujet l'argumentation développée par José Woehrling, " Minority Cultural and Linguistic Rights and Eqality Rights in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*", [1985] 31 Revue de droit de McGill 51, aux pages 64 à 66.

contexte contemporain auquel personne ne peut échapper. Les rapports entre les populations autochtones et l'Administration publique vont en s'amplifiant depuis quelques années et ils devraient même s'accélérer s'il se révèle enfin possible pour les Atikamekw et les Montagnais de conclure un accord de revendications territoriales satisfaisant pour toutes les parties concernées. En conséquence, des services mieux adaptés à la réalité culturelle et linguistique des Atikamekw et des Montagnais nous apparaissent devoir être offerts, non seulement au sein de l'institution particulière que constitue le Protecteur du citoyen, mais partout où des rapports se tissent entre l'Administration québécoise et nos membres.

Ayant ainsi indiqué notre volonté de voir le mandat du Protecteur du citoyen être maintenu et amélioré, nous vous soumettrons maintenant quelques moyens visant à assurer sa réalisation concrète.

B. De quelques moyens visant à mieux assurer la réalisation concrète du mandat du Protecteur du citoyen

Dans son document de consultation publié en septembre dernier [20], la Commission des institutions nous a tous invités, au fond, à identifier les moyens les plus susceptibles d'assurer la réalisation la plus complète possible du mandat initial du Protecteur du citoyen. Bien que nous n'ayons aucune expertise particulière en la matière, nous chercherons maintenant à répondre, de bonne foi, à chacune des questions soulevées par ce document.

Quant au mode de nomination du Protecteur du citoyen, il nous apparaît essentiel que son indépendance soit protégée, comme elle l'est actuellement, grâce à l'obligation d'obtenir l'assentiment des deux tiers des membres de l'Assemblée nationale afin qu'il puisse être nommé. Cette même exigence devrait s'appliquer également à la nomination des Vice-Protecteurs du citoyen, dont nous demandons la création à l'instar du Protecteur du citoyen lui-même. Afin d'assurer que les services du Protecteur du citoyen soient offerts, en pleine égalité, aux membres des peuples ou nations autochtones

---

[20] Commission des institutions, supra note 1.

vivant au Québec, et ce dans le plus grand respect de leurs droits culturels, il nous apparaît absolument nécessaire qu'au moins une personne, ayant une bonne connaissance des langues et des cultures de ces peuples, soit nommée à cette nouvelle fonction.

L'indépendance juridique d'une personne comme d'une institution n'est que très précaire, si elle ne se fonde sur une véritable autonomie économique. La situation du Protecteur du citoyen n'échappe aucunement à ce principe général, bien connu non seulement des femmes et des personnes mineures au sens de la loi, mais également des peuples autochtones qui doivent encore aujourd'hui tenter d'échapper à la tutelle administrative et financière du Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Quand nous lisons, dans ses deux derniers rapports annuels, que le Protecteur du citoyen s'est vu refuser tout budget pouvant lui permettre de mieux remplir son mandat en recrutant du personnel émanant des populations autochtones, et que son seul recours a alors été de faire part publiquement de cette situation, et ce sans aucun résultat tangible [21] , nous devons tirer la seule conclusion qui s'impose. Chargé de surveiller l'ensemble de l'Administration publique, y compris le Conseil du tésor - à qui il doit actuellement faire la demande de ses effectifs et de ses crédits -, le Protecteur du citoyen risque de se trouver, un jour, dans une véritable situation de conflit d'intérêts. A notre avis, il faut ici assurer non seulement l'indépendance du Protecteur du citoyen, mais également la simple apparence d'indépendance. Sinon, comment voulez-vous que le public maintienne sa confiance dans cette institution censée le protéger lui, avant tout, devant l'Administration publique et les fonctionnaires ? N'étant ni un organisme, ni un ministère et remplissant la délicate mission d'assurer aux citoyens le plein exercice de leurs droits face à l'Etat et devant, en conséquence, demeurer des plus exigeant à l'endroit de l'Administration publique, le Protecteur du citoyen doit jouir d'une véritable indépendance, non seulement juridique mais également économique, et il devrait donc pouvoir soumettre ses demandes d'effectifs et de budgets directement à l'Assemblée nationale.

---

[21] Le Protecteur du citoyen, supra note 2, aux pages 20 et 21, et note 15, à la page 16.

Sur la question de l'accessibilité du Protecteur du citoyen, nous ne pouvons que répéter combien il est inacceptable, autant en droit qu'à tout autre point de vue, qu'au moment où on n'a de cesse de proclamer le droit à l'égalité de tous les individus au sein de notre société, les membres des peuples ou nations autochtones ne jouissent pas encore d'un accès au Protecteur du citoyen qui soit comparable à celui de l'ensemble des francophones du Québec. Des mesures précises doivent être adoptées dans les meilleurs délais à cet égard. S'ajoutant à la nomination d'au moins une personne, ayant une bonne connaissance des langues et des cultures autochtones, à la nouvelle fonction de Vice-Protecteur du citoyen, il y a lieu, à notre avis, pour le Protecteur du citoyen, d'embaucher du personnel qui soit capable de communiquer efficacement avec les populations autochtones alors que ces dernières doivent, de plus en plus, entrer en rapport avec l'Administration publique provinciale.

Quant à la question de savoir, s'il y a lieu de créer des mécanismes de collaboration entre le Protecteur du citoyen et les députés, la situation particulière des peuples autochtones au sein de l'Assemblée nationale du Québec, c'est-à-dire leur véritable absence au sein de cette institution censée représenter l'ensemble du peuple québécois, nous amène à surtout privilégier le mandat du Protecteur du citoyen dans sa défense des droits de tous les citoyens, quelles que soient leur origine, leur langue, leur culture et même leur allégeance politique, plutôt qu'une intervention des députés dans des dossiers où ils risquent, eux aussi, à un moment ou à un autre, de faire face au possible conflit d'intérêts.

Sur la question de l'approche systémique que pourrait adopter le Protecteur du citoyen, il nous semble qu'actuellement rien ne l'empêche d'agir de la sorte. En effet, il peut déjà demander, suite à une enquête qu'il a menée, que ses recommandations s'appliquent non seulement au seul plaignant mais à l'ensemble des victimes de la même injustice ou de la même inéquité. Il peut également, d'ores et déjà, procéder à des enquêtes systémiques lorsqu'un groupe d'individus se plaignent d'une même situation. Enfin, il peut toujours intervenir de sa propre initiative.

En revanche, la volonté du Protecteur du citoyen de favoriser la prévention d'injustices ou d'inéquités en participant activement aux travaux préparatoires à l'adoption des lois, des règlements et même des politiques ou directives des ministères, nous semble plus problématique. En effet, ce rôle est plus proche de celui du parlementaire en tant que tel et risque de placer le Protecteur du citoyen dans un champ d'activité dont la logique fondamentale exige moins l'indépendance d'esprit que la ferveur à défendre des points de vue partisans. A notre avis, le Protecteur du citoyen n'a pas vraiment besoin d'intervenir à ce stade de l'élaboration des normes que devront ensuite appliquer l'Administration publique et les fonctionnaires. Ce travail nous semble appartenir, avant tout, aux députés, aux associations comme la nôtre et à l'opinion publique en général.

Si nous ne favorisons pas une participation active aux travaux qui précèdent l'adoption des lois, des règlements et même des politiques et des directives des ministères, nous estimons, par ailleurs, que son pouvoir devrait être plus grand une fois qu'il a constaté qu'un ministère, un organisme gouvernemental ou un simple fonctionnaire refuse de donner suite à ses recommandations. Nous apparaît intéressante l'idée de créer un comité spécial parlementaire, chargé de faire connaître ses conclusions à l'Assemblée nationale, après avoir entendu et le Protecteur du citoyen et celui que ce dernier a pu pointer du doigt et critiquer par sa propre enquête. Mais, en dernière instance, il devrait être permis au Protecteur du citoyen, lorsqu'il l'estime utile, d'entreprendre des poursuites devant les tribunaux afin d'obliger l'Administration publique à corriger à sa satisfaction une situation injuste ou inéquitable. Il devrait alors pouvoir prendre fait et cause pour la personne ou le groupe de personnes qu'il estime lésé.

Dans la mesure où le Protecteur du citoyen obtient d'ainsi augmenter son efficacité grâce à la création d'un comité spécial parlementaire ainsi qu'à la possibilité d'entreprendre des poursuites judiciaires, lorsqu'il l'estime utile, on peut se demander s'il serait encore aussi nécessaire pour lui de commenter publiquement ses interventions auprès de l'Administration publique. Peut-être serait-il alors préférable qu'il cherche, avant toute chose, à préserver sa crédibilité et son statut d'institution neutre, impartiale et indépendante ? De toutes les façons, il est clair que la presse pourra

toujours faire écho aux interventions du Protecteur du citoyen dès l'instant que l'éventuel comité spécial parlementaire sera saisi de son rapport annuel. Et il en sera de même s'il décide, en dernier ressort, d'entreprendre des procédures judiciaires contre l'Administration publique.

Quant à la juridiction du Protecteur du citoyen, il nous apparaît essentiel de l'étendre aux municipalités et à toutes les institutions paragouvernementales, y compris les organismes scolaires, les sociétés d'Etat et le réseau de la santé et des services sociaux. La justification en est simple: le mandat du Protecteur du citoyen vise à garantir aux citoyens l'exercice de leurs droits face à l'ensemble de l'appareil étatique, et ce grâce à un recours relativement rapide et surtout gratuit. Pourquoi distinguer entre des sociétés ou organismes créés par l'Etat et la seule fonction publique, alors qu'en fait chacune de ces entités assume une mission qui lui est dévolue, à prime abord, par l'Etat lui-même ? Devant les demandes de voir ainsi étendue la juridiction du Protecteur du citoyen, certains opposent deux arguments qu'il convient d'analyser. D'abord, la possibilité de recourir aux tribunaux plutôt qu'au Protecteur du citoyen. A notre avis, le recours aux tribunaux est loin d'être accessible à une bonne majorité de citoyens et, a fortiori, aux populations autochtones. De plus, dans les rapports entre les citoyens et l'Administratioin publique entendue au sens large, il existe bien des dimensions qui n'offrent que peu de prise à un débat strictement judiciaire [22] . Ensuite, la possibilité de créer des recours internes plutôt que d'étendre la juridiction du Protecteur du citoyen. Le problème ici en est évidemment un d'indépendance réelle de la personne, à la fois, employée de l'organisme et chargée d'assurer l'exercice des droits des citoyens. A notre avis, il est préférable, à tous égards, d'abord, d'encore mieux assurer l'actuelle indépendance du Protecteur du citoyen et, ensuite, d'étendre sa juridiction à l'ensemble des institutions publiques créées par l'Etat québécois.

En revanche, le Protecteur du citoyen devrait se limiter à son mandat initial qui réfère à la situation des citoyens dans leurs rapports avec l'Etat et ne pas s'engager dans les relations de travail ou encore dans le mérite des décisions des tribunaux administratifs. Il s'agit là, à notre avis, de deux domaines

---

[22] Le Protecteur du citoyen, supra note 15, à la page 14.

s'inscrivant complètement dans d'autres champs d'activité et dont la logique ne relève pas des compétences particulières du Protecteur du citoyen. Cependant, les personnes à qui l'Administration publique a pu accorder des contrats de service devraient relever de la juridiction du Protecteur du citoyen, parce qu'alors le rapport du citoyen à l'Administration publique demeure tout entier, même si ce n'est pas cette dernière qui accomplit elle-même l'acte particulier qui est mis en cause. En déléguant ses pouvoirs à autrui, l'Administration publique a tout simplement choisi de remplir autrement sa mission générale qui, elle, concerne toujours le citoyen et, par voie de conséquence, le Protecteur du citoyen.

Deux autres questions, d'ordre plus technique, ont également été soulevées dans le document de consultation de la Commission des institutions. D'abord, y a-t-il lieu de faire en sorte qu'une plainte déposée auprès du Protecteur du citoyen ait pour effet d'interrompre la prescription civile ou la déchéance du délai d'exercice d'un recours administratif ? Cette question appelle des considérations techniques qui échappent à nos compétences particulières mais il nous semble, à première vue, plus sage de privilégier le caractère de rapidité qui est attaché à l'institution du Protecteur du citoyen et, en conséquence, de s'assurer qu'il disposera des effectifs et des budgets lui permettant d'agir avec suffisamment de rapidité pour qu'il devienne inutile d'interrompre la prescription civile ou la déchéance du délai d'exercice d'un recours administratif. Quant à la suggestion d'inclure une nouvelle norme à la Loi sur la fonction publique, obligeant les fonctionnaires à informer les citoyens insatisfaits de leurs services, de l'existence du Protecteur du citoyen, elle nous semble des plus appropriée.

*

* *

Dans cette première partie de notre mémoire, nous avons d'abord voulu clairement indiquer ce qu'est, à nos yeux, le mandat général du Protecteur du citoyen à l'égard de l'ensemble des citoyens du Québec, y compris les membres des nations autochtones. Nous avons également répondu à toutes les questions soulevées par le document de consultation de la Commission des institutions, questions qui concernaient non seulement le mandat, mais également les orientations, les activités et la gestion du Protecteur du citoyen.

Ainsi avons-nous discuté juqu'à présent de l'obligation générale du Protecteur du citoyen envers l'ensemble des personnes dans leurs rapports avec l'Administration publique québécoise. Mais cette obligation n'est pas, selon nous, la seule qui incombe au Protecteur du citoyen, du moins, en ce qui concerne les rapports qu'entretiennent les nations autochtones - à titre, cette fois, de collectivités distinctes - avec les institutions québécoises. C'est ce que nous chercherons à démontrer dans la deuxième partie de notre mémoire.

II. L'OBLIGATION PARTICULIERE DU PROTECTEUR DU CITOYEN ENVERS LES NATIONS AUTOCHTONES DANS LEURS RAPPORTS AVEC L'ADMINISTRATON PUBLIQUE QUEBECOISE

Le 20 mai 1985, l'Assemblée nationale du Québec adoptait, par résolution, une motion relative à la reconnaissance des droits des Autochtones [23]. Y étaient reconnus l'existence, au Québec, des nations abénaquise, algonquine, attikamek, crie, huronne, micmaque, mohawk, montagnaise, naskapie et inuit ainsi que leurs droits ancestraux existants et ceux inscrits dans les conventions de la Baie-James et du Nord-est québécois. L'Assemblée nationale y indiquait également, d'une part, qu'elle soucrivait à la démarche visant à mieux reconnaître et préciser leurs droits et, d'autre part, qu'elle pressait le gouvernement de poursuivre les négociations avec les nations autochtones et à conclure avec celles qui le désirent « des ententes leur assurant l'exercice:

a) du droit à l'autonomie au sein du Québec;
b) du droit à leur culture, leur langue, leurs traditions;
c) du droit de posséder et de contrôler des terres;
d) du droit de chasser, pêcher, piéger, récolter et participer à la gestion des ressources fauniques;
e) du droit de participer au développement économique du Québec et d'en bénéficier, de façon à leur permettre de se développer en tant que nations distinctes ayant leur identité propre et exerçant leurs droits au sein du Québec » [24].

A notre avis, cette motion indique clairement la reconnaissance par le Québec du statut particulier des peuples ou nations autochtones et sa volonté

---

[23] Reproduite dans Québec, Les fondements de la politique du gouvernement du Québec en matière autochtone, Québec, Les Publications du Québec, 1988, 50 p., aux pages 5 et 6.
[24] Ibid.

de négocier et de conclure des ententes globales ou sectorielles avec celles-ci. Dans son discours de présentation de cette motion, le Premier ministre du Québec de l'époque, M. René Lévesque, avait tenu à en préciser la signification:

> « La motion indique donc là où le gouvernement du Québec en est rendu dans sa réflexion sur les droits des Autochtones, tout en s'assurant que le dialogue n'est pas fermé, qu'il peut s'élargir et que, nécessairement, il devra se poursuivre. (...) Notre politique demeure donc volontairement plutôt une politique d'accueil et d'ouverture des institutions et des mentalités. Elle sous-entend donc la pleine reconnaissance des droits des nations autochtones, incluant le droit à leur autonomie politique. Elle privilégie la conclusion d'ententes, parce qu'il s'agit là d'un mécanisme simple, souple et sûr; un mécanisme simple, parce que nous sommes convaincus que, par un bon dialogue, de bonne foi, et une certaine dose de courage parfois, des ententes mutuellement acceptables dans tous les domaines de l'activité humaine peuvent être facilement conclues entre nous; un mécanisme souple aussi, parce que ces ententes peuvent être globales, comme celles conclues avec les Cris, les Naskapis et les Inuit du Québec ou encore, sectorielles, comme celle qui a été signée avec les Mohawks de Kahnawake, il y a près d'un an maintenant; souple encore, parce que aisément modifiable, lorsque les parties y consentent, et ce, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir des tiers; un mécanisme sûr enfin, parce que ces ententes ne peuvent être modifiées unilatéralement.
>
> Elles acquièrent ainsi un caractère définitif et en quelque sorte sacré qui, dans notre système juridique à tout le moins, est reconnu par les tribunaux et susceptible de sanction.
>
> D'aucuns diront que cette voie que nous privilégions n'est pas vraiment nouvelle. Bien sûr, on n'invente pas la roue. Ce qui est nouveau tout de même, c'est la volonté clairement exprimée par le gouvernement (...) d'accepter de négocier et de conclure des ententes avec toutes les nations, tous les peuples autochtones du Québec sans qu'il leur soit demandé d'établir ou de prouver, par des recherches de bénédictins jusqu'à l'alpha et l'oméga de leurs droits. Ces droits étant déjà reconnus, nous voulons, par des ententes, répondre aux besoins réels des communautés autochtones et convenir avec elles, en toute égalité, des modalités qui leur permettront d'exercer leurs droits,

sans interférence indue de notre part (...) » [25].

Il faut souligner ici que cette motion constitue, en fait, un point culminant de la politique générale du Québec à l'égard des nations autochtones, de 1978 à 1985, et que cette politique ne peut être réellement comprise, si on ne la situe dans son contexte général, où, évidemment, les discussions constitutionnelles jouent un rôle majeur. On se rappellera qu'au moment du rapatriement de la constitution canadienne, les peuples ou nations autochtones avaient finalement réussi à faire inclure dans le projet de résolution des dispositions relatives à leurs droits particuliers [26] permettant, à la fois, d'assurer la reconnaissance constitutionnelle de leurs droits ancestraux et issus de traités et d'obliger le Premier ministre canadien à

---

[25] Extrait du discours prononcé par le Premier ministre devant l'Assemblée nationale, le 19 mars 1985, en introduisant la motion portant sur la reconnaissance des droits des Autochtones.

[26] Le premier article fait dorénavant partie intégrante de la Charte canadienne des droits et libertés (Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, U.K. 1982, c. 11, annexe B), et se lit comme suit:

> « 25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits et libertés - ancestraux, issus de traités ou autres - des peuples autochtones du Canada, notamment,
>
> a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;
>
> b) aux droits ou libertés acquis par règlement de revendications territoriales. »

Le second article, qui a été modifié depuis, constitue une partie distincte de la Loi constitutionnelle de 1982 et, en 1982, se lisait comme suit:

> « PARTIE II
> Droits des peuples autochtones du Canada
>
> 35. (1) Les droits existants - ancestraux ou issus de traités - des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.
>
> (2) Dans la présente loi, " peuples autochtones du Canada " s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada. »

Le dernier article, constituant lui aussi une partie distincte, l'article 37, qui a été modifié depuis, prévoyait la mécanique par laquelle pourraient être déterminés et définis les droits des peuples autochtones. En vertu de cet article, le Premier ministre canadien se voyait obligé de convoquer une conférence constitutionnelle des premiers ministres, dans un délai d'un an de l'adoption de la loi et d'y convier les Autochtones, pour étudier « les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada ».

convoquer des conférences constitutionnelles devant, de l'avis des leaders autochtones, préciser leur droit à l'autonomie gouvernementale. Le Québec, pour sa part, pour les raisons que l'on sait, avait refusé de participer aux conférences constitutionnelles qui ont suivi immédiatement le rapatriement de la constitution canadienne et n'avaient donc pas appuyé, officiellement, les revendications des peuples autochtones dans ce forum éminemment important pour eux. Au départ, les leaders politiques des nations autochtones vivant au Québec avaient souhaité une participation active du Québec dans ces conférences constitutionnelles plutôt qu'une déclaration unilatérale du type de celle qu'est, finalement, la motion de 1985. Mais devant l'échec consécutif des conférences constitutionnelles de 1984 et de 1985 au sujet de leur droit à l'autonomie gouvernementale, ils ont alors convenu qu'une motion adoptée par l'Assemblée nationale du Québec ne pourrait guère nuire à la reconnaissance de leurs droits dans le forum constitutionnel canadien.

Parallèlement à ces discussions, les tribunaux ont continué à être appelés à interpréter diverses notions juridiques relatives au statut particulier des peuples ou nations autochtones du Canada et d'importantes décisions ont été rendues, notamment, par la Cour suprême du Canada. Pensons à l'affaire Guerin[27], qui confirmait, en 1984, l'existence en common law de la notion d'obligation de fiduciaire du gouvernement envers les peuples ou nations autochtones. Pensons à l'affaire Simon[28], qui, en 1985, élaborait un test très sévère avant de pouvoir conclure à l'extinction de droits issus de traité. Pensons à l'affaire Sioui[29], qui reconnaissait, en 1990, l'existence en droit positif d'un traité conclu trois jours avant la capitulation de Montréal entre les Hurons et le général Murray de l'armée britannique. Et, enfin, pensons à

---

[27] Guerin c. R., [1984] 2 R.C.S. 335. Comme commentaires approfondis de cet arrêt, lire les articles suivants: B. Morse, "Government obligations, aboriginal peoples and section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*" dans D. C. Hawkes (éd.), Aboriginal peoples and government responsibility: exploring federal and provincial roles, Ottawa, Carleton University Press, 1989, 369 p., aux pp. 59 à 91; A. Pratt, "Federalism in the era of aboriginal self-government", dans Ibid., aux pp. 19 à 57; et B. Slattery, "Understanding aboriginal rights", (1987) 66 Rev. du B. can. 727.

[28] Simon c. R., [1985] 2 R.C.S. 387.

[29] R. c. Sioui, [1990] 1 R.C.S. 1025.

l'affaire Sparrow[30] , qui définissait, pour la première fois, la façon dont la Cour suprême convient d'interpréter la reconnaissance et la confirmation constitutionnelles des droits ancestraux et issus de traité des peuples autochtones du Canada.

Si le caractère distinct et fondamental des droits de ces peuples a pu être ainsi reconnu par le plus haut tribunal du pays, on doit cependant souligné que, pendant de longues années, ils ont surtout été oubliés, sinon carrément méprisés. Dans l'affaire Sparrow, les six juges de la Cour suprême, qui ont participé au jugement, ont unanimement rappelé que, vue sous cet angle, l'histoire du Canada est bien loin de constituer une suite d'actions sublimes ou héroïques:

> « [I]l n'y a pas de doute qu'au fil des ans les droits des Indiens ont souvent été reconnus par suite d'une violation (voir, par exemple, l'arrêt Canadien Pacifique Ltée c. Paul, [1988] 2 R.C.S. 654). Comme le juge MacDonald l'a affirmé dans la décision Pasco v. Canadian National Railway Co., [1986] 1 C.N.L.R. 35, à la p. 37 (C.S.C.-B.): " Ce n'est pas avec beaucoup de fierté que nous pouvons rappeler le traitement réservé aux autochtones de notre pays ".
>
> Pendant plusieurs années les droits des Indiens à leurs terres ancestrales -- certainement à titre de droits reconnus en common law -- ont été à toutes fins pratiques ignorés. Les arrêts de principe qui ont défini les droits des Indiens au début du siècle portaient sur des revendications étayées par la Proclamation royale ou d'autres documents juridiques et, même dans ces cas, les tribunaux étaient essentiellement intéressés à établir la compétence législative ou les droits des entreprises commerciales. Au cours des cinquante années qui ont suivi la publication de l'ouvrage de Clement, The Law of the Canadian Constitution (3è éd. 1916), on constate une absence quasi totale d'analyse des droits territoriaux des Indiens, et ce, même dans les ouvrages de doctrine. A la fin des années soixante, le gouvernement fédéral n'accordait même pas de valeur juridique aux revendications des autochtones. Ainsi, même si elle procédait d'une intention louable, La politique indienne du gouvernement du Canada, 1969, contenait (à la p. 12) l'affirmation que " les droits aborigènes ... sont tellement

---

30 R. c. Sparrow, version française du jugement de la Cour suprême du Canada rendu le 31 mai 1990, 40 p. [ci-après cité dans la version française du jugement].

> généraux qu'il n'est pas réaliste de les considérer comme des droits précis, susceptibles d'être réglés excepté par un ensemble de politiques et de mesures qui mettront fin aux injustices dont les Indiens ont souffert comme membres de la société canadienne ". Au cours de la même période générale, Hydro-Québec a entrepris le développement de la Baie James sans d'abord tenir compte des droits des Indiens qui y vivaient, et ce, même si ces droits bénéficiaient d'une protection constitutionnelle expresse; voir la Loi de l'extension des frontières du Québec, 1912, S.C. 1912, ch. 45. Il aura fallu un bon nombre de décisions judiciaires et notamment l'arrêt Calder de notre Cour (1973) pour que le gouvernement reconsidère sa position. »[31]

Evidemment, on peut penser que cette époque est révolue et que, dorénavant, les droits des peuples ou nations autochtones seront, enfin, respectés par tous, y compris par l'Administration publique et les fonctionnaires, du fait qu'ils sont protégés par la constitution canadienne. Il faut toutefois convenir que certaines des notions juridiques nouvellement créées par la jurisprudence, dans le domaine des droits des peuples autochtones, demeurent relativement abstraites et obligent, en conséquence, à un travail d'interprétation, sinon d'éclaircissement, lorsqu'il s'agit de les appliquer à un cas concret. Autrement dit, à tout le moins certaines des affirmations de la Cour suprême demanderont de plus amples discussions entre les gouvernements et les représentants des peuples autochtones. On peut penser qu'il en sera ainsi, notamment, en ce qui concerne la notion d'obligation de fiduciaire des gouvernements envers les peuples autochtones, qui a clairement été reconnue par la Cour suprême, à deux reprises[32], comme existant bel et bien en common law. Comment l'Administration publique québécoise interprétera son obligation à cet égard ? Ne risque-t-elle pas, à l'occasion, d'adopter des interprétations pouvant, à tout le moins, être contestées ? Sans chercher à définir péremptoirement ce que contient cette obligation de fiduciaire, nous essayerons, malgré tout, d'en dégager certains éléments tout en cherchant à démontrer que, dans ce domaine, les interventions du Protecteur du citoyen seront très certainement des plus nécessaires.

---

31 Ibid., pp. 22 et 23.

32 Dans Guerin et dans Sparrow.

A. Un mandat en quête d'une définition plus précise

Afin d'aborder cette notion de l'obligation de fiduciaire qui incombe aux gouvernements envers les peuples autochtones, nous nous proposons, dans un premier temps, d'analyser la décision Sparrow et, dans un deuxième temps, de discuter de la responsabilité des provinces à cet égard.

Dans l'affaire Sparrow, l'appelant était M. Ronald Edward Sparrow et l'intimée, Sa Majesté la Reine. Plusieurs associations et procureurs généraux ont agi à titre d'intervenants dans ce dossier.

Voici les faits de cette affaire. L'appelant, Sparrow, est un membre de la bande indienne des Musqueams. Il a été accusé en vertu du paragraphe 61(1) de la Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, c. F-14, d'avoir pêché, le 25 mai 1984, alors qu'il utilisait un filet dérivant de 45 brasses de longueur, alors que la limite autorisée, en vertu du permis de pêche de subsistance de la bande, était de 25 brasses de longueur. En défense, Sparrow a plaidé qu'il exerçait un droit ancestral existant de pêcher et que la restriction imposée dans le permis de la bande quant à la longueur du filet est incompatible avec le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 et, par conséquent, qu'il est inopérant en vertu de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Sparrow a été condamné en Cour provinciale et en Cour de comté. Son appel a été accueilli devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

La question de droit qui était soulevée devant la Cour suprême du Canada était de savoir si la limite de la longueur des filets contenue dans le permis de pêche de subsistance des Indiens de la bande des Musqueams, délivré le 30 mars 1984, en vertu du Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique et de la Loi sur les pêcheries, est, oui ou non, incompatible avec le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.

Six juges de la Cour suprême du Canada ont participé à ce jugement. Ils ont décidé, à l'unanimité, que la question qui leur avait été soumise doit être renvoyée en première instance afin de recevoir une réponse devant respecter la grille d'analyse exposée dans leur jugement. Le jugement a été rédigé par le juge en chef Brian Dickson et par le juge La Forest.

Nous chercherons ici à résumer le cheminement suivi par la Cour suprême du Canada dans son analyse des droits ancestraux invoqués par Sparrow, cheminement que devront suivre à l'avenir les tribunaux appelés à se pencher sur des questions mettant en cause les droits ancestraux des peuples autochtones.

La Cour a d'abord procédé à l'analyse de l'expression << droits ancestraux "existants " >>. Selon la Cour, le mot " existants " signifie " non éteints ". Ainsi, un droit ancestral " existant " est celui qui existait au moment de l'entrée en vigueur de la Loi constitutionnelle de 1982. La Cour précise qu'il ne faut pas entendre par là le droit tel qu'il était réglementé avant 1982 et, au contraire, qu'il faut donner une interprétation souple à l'expression << droits ancestraux " existants " >> de façon à permettre à ces droits d'évoluer dans le temps. La Cour explique son refus de donner à cette expression le sens d'un droit tel qu'il était réglementé avant 1982 par le fait qu'une telle interprétation obligerait à utiliser des textes réglementaires pour déterminer le sens du droit en question, qu'elle risquerait de créer un véritable méli-mélo constitutionnel ainsi que de constitutionnaliser des régimes réglementaires très sévères.

La Cour s'est ensuite penchée sur la preuve du droit ancestral de pêcher de M. Sparrow. Etablie, en grande partie, par le témoignage d'un anthropologue qui a été confirmé par celui d'un administrateur de la bande, la preuve présentée en première instance révèle, d'une part, que les Musqueams vivaient dans la région, comme société organisée, bien avant la venue des colons européens et, d'autre part, que la prise du saumon faisait partie intégrante de leur vie et qu'elle le demeure encore aujourd'hui.

Aux objections soulevées devant elle par le procureur général de la Colombie-Britannique à l'effet que cette preuve était insuffisante pour

libérer l'appelant de son fardeau de preuve en la matière, la Cour suprême a répondu que, même si cette preuve était sommaire, surtout en ce qui concerne les années 1867 à 1961, il n'en demeure pas moins qu'elle << n'a pas été contestée ni contredite devant les tribunaux d'instance inférieure >> et qu' << il y a preuve d'un exercice ininterrompu suffisant du droit pour justifier les conclusions de la Cour d'appel >> et, en conséquence, qu'elle n'y toucherait pas.

Sur la question de savoir si le droit ancestral de pêcher de M. Sparrow avait été éteint, la Cour a fait l'historique de la réglementation des pêcheries en Colombie-Britannique et a conclu que le droit ou la liberté des Indiens de pêcher a été restreint au fil des ans. Ceci dit, réglementation n'égale pas extinction a-t-elle souligné:

> << Que l'exercice fasse l'objet d'une réglementation très minutieuse, ne signifie pas que ce droit est par le fait même éteint >> [33].

Pour qu'un tribunal puisse conclure à l'extinction d'un droit ancestral, nous précise ce jugement unanime de 6 juges de la Cour suprême du Canada, << il faut que l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral soit claire et expresse >> [34].

En utilisant ce critère, la Cour procède ensuite à l'analyse de la réglementation pertinente en Colombie-Britannique et conclut:

> << La Loi sur les pêcheries ou ses règlements d'application détaillés ne font état d'aucune intention claire et expresse de mettre fin au droit ancestral des Indiens de pêcher >> [35].

> << Le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de prouver l'extinction du droit >> [36].

---

[33] Sparrow, supra note 30, p. 17.

[34] Ibid., p. 18, souligné par nous.

[35] Ibidem.

[36] Ibidem.

Quant à la portée du droit ancestral de pêcher, la Cour suprême fait sienne, pour les seules fins du pourvoi, la position de la Cour d'appel à l'effet que ce droit comprend le droit de pêcher pour des fins de subsistance. Autrement dit, elle refuse, à ce stade-ci, de se prononcer sur la question de savoir si le droit ancestral de pêcher comprend la pêche commerciale. Cependant, comme la Cour d'appel, elle accepte dans la définition du droit de pêcher pour des fins de subsistance, non seulement les poissons pêchés pour se nourrir mais aussi ceux servant à des activités sociales et rituelles [37].

Pour construire le cadre d'interprétation approprié du par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, la Cour suprême indique qu'il y a lieu d'analyser, d'abord, l'historique de ce paragraphe, ensuite, sa nature propre.

L'historique de ce paragraphe amène la Cour à conclure qu'il est «l'aboutissement d'une bataille longue et difficile à la fois dans l'arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance des droits ancestraux» [38].

Quant à la nature même de ce paragraphe 35(1), la Cour indique qu'il y a lieu de l'interpréter en fonction de l'objet qu'il vise. Cet objectif en étant un de confirmation des droits ancestraux, la Cour indique qu'une interprétation généreuse et libérale s'impose [39]. La Cour précise, en outre, que les arrêts Guerin et Taylor and Williams justifient « un principe directeur général d'interprétation du paragraphe 35(1), à savoir, le gouvernement a la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones » [40].

Le paragraphe 35(1) comportant pour le gouvernement la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones, il en découle, selon la Cour, une restriction à l'exercice du pouvoir souverain:

> « En d'autres termes, le pouvoir fédéral doit être concilié avec

---

37 Ibid., pp. 18 à 20.
38 Ibid., p. 24.
39 Ibid., p. 25.
40 Ibid., p. 27, souligné par nous.

> l'obligation fédérale et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux » [41].

La Cour procède ensuite à l'étude du cas d'espèce en soulignant l'importance du contexte et de l'examen du dossier d'espèce lorsqu'on procède à une interprétation du paragraphe 35(1):

> « Les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas » [42].

Tout en procédant à la détermination des effets du paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 sur la réglementation des pêcheries en Colombie-Britannique, la Cour décrit, de façon détaillée, le critère applicable, d'une part, pour déterminer s'il y a atteinte à première vue à un droit ancestral existant et, d'autre part, pour justifier cette atteinte.

La première question à se poser alors est la suivante:

EST-CE QUE LA LOI EN QUESTION A POUR EFFET DE PORTER ATTEINTE À UN DROIT ANCESTRAL EXISTANT ?

Si oui, il s'agit d'une violation à première vue du paragraphe 35(1).

Pour répondre à cette question, il faut, d'abord, examiner les caractéristiques ou les attributs du droit en question et, ensuite, se poser certaines questions:

1. la restriction est-elle déraisonnable ?
2. le règlement est-il indûment rigoureux ?
3. le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer ?

Quant aux caractéristiques ou aux attributs du droit ancestral de pêcher en question dans le cas d'espèce, la Cour indique qu'il faut prendre soin d'éviter d'appliquer les concepts traditionnels de propriété propres à la common law

---

[41] Ibid., p. 28.

[42] Ibid., p. 30.

à ce droit ancestral qui appartient à un groupe et qui est en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. La Cour ajoute, d'une part, qu'il est crucial de se montrer ouvert au point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la nature de ce droit et, d'autre part, qu'il serait artificiel d'établir une distinction nette entre le droit de pêche et la manière précise dont il est exercé [43].

Dans le cas d'espèce, pour répondre à la question ci-haut mentionnée, on doit se demander si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par le droit de pêche. La Cour indique que la preuve de pertes injustifiables de temps et d'argent par poisson pris ou encore la preuve que la restriction imposée entraîne une difficulté pour les Musqueams de prendre du poisson, cela suffirait pour conclure que la loi a porté atteinte au droit ancestral de pêcher.

La deuxième question à se poser est la suivante:

EST-CE QUE LA LOI EN QUESTION CONSTITUE UNE REGLEMENTATION LEGITIME D'UN DROIT ANCESTRAL GARANTI PAR LA CONSTITUTION ?

Si non, la disposition pertinente sera déclarée inopérante.

Pour répondre à cette question, il faut vérifier, d'abord, s'il s'agit d'un objectif législatif régulier et, ensuite, si l'honneur de Sa Majesté a été respecté dans les rapports spéciaux de fiduciaire du gouvernement envers les autochtones.

Comment vérifier s'il s'agit d'un objectif régulier ? En répondant aux deux questions suivantes: est-ce que l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter le règlement concerné est régulier ? et est-ce que l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant ce règlement est régulier ?

---

[43] Ibid., p. 31.

La Cour donne des exemples d'objectifs réguliers. L'objectif de préserver, par la conservation et la gestion d'une ressource naturelle par exemple, des droits visés par le paragraphe 35(1). Des objectifs visant apparemment à empêcher l'exercice des droits visés par le paragraphe 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux autochtones eux-mêmes. Et, enfin, des objectifs jugés impérieux et réels.

En revanche, l'objectif de protéger " l'intérêt public " ne serait pas jugé comme étant régulier, d'une part, parce qu'il est si vague qu'il ne fournit aucune ligne directrice utile et, d'autre part, parce qu'il est si général qu'il est inutilisable comme critère applicable pour déterminer si une restriction imposée à des droits constitutionnels est justifiée [44].

La Cour souligne, en aparté, que la présomption de validité des lois est maintenant désuète dans un contexte où les droits ancestraux jouissent d'un statut constitutionnel. Elle ajoute cependant que l'importance des objectifs de conservation est reconnue et est compatible avec les croyances et avec la mise en valeur des droits des autochtones [45].

Maintenant, comment vérifier si l'honneur de Sa Majesté est respecté ? La Cour nous indique que le premier facteur à déterminer est celui des rapports spéciaux de ficuciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones. Ensuite, il y a d'autres questions à aborder selon les circonstances de l'enquête. En voici quelques exemples qui ne sont pas exhaustifs:

1. est-ce qu'en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits?

2. est-ce qu'une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation?

3. est-ce que le groupe d'autochtones concerné a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en oeuvre? [46].

---

[44] Ibid., p. 32.
[45] Ibid., p. 33.
[46] Ibid., p. 38.

Pour revenir au premier facteur à déterminer pour vérifier si l'honneur de Sa Majesté est respecté, c'est-à-dire la responsabilité du gouvernement envers les autochtones, voici le critère dégagé par la Cour suprême à cet égard en matière de droit ancestral de pêcher:

> « [D]ans l'établissement des priorités suite à la mise en oeuvre des mesures de conservation valides, il faut accorder la priorité absolue à la pêche des Indiens pour des fins de subsistance » [47].

Que signifie cette notion de priorité absolue donnée aux Indiens pour leur pêche à des fins de subsistance ? La Cour indique qu'on doit satisfaire d'abord aux besoins alimentaires des Indiens lorsqu'on procède à la répartition détaillée des ressources maritimes. En d'autres termes, si on fixe à 200 le nombre de poissons qu'il est permis de pêcher afin d'assurer la conservation de la ressource, et si les Indiens ont besoin de ces 200 poissons pour assurer leur subsistance, alors les 200 poissons doivent être accordés entièrement aux Indiens. Un règlement ou une loi ne garantissant pas aux Indiens la priorité absolue sur tout surplus de poisson pouvant exister après la prise en considération des besoins en matière de conservation, sera déclaré incompatible avec le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 et, par conséquent, déclaré inopérant en vertu de l'article 52 de la même loi.

Finalement, dans le cas d'espèce, la Cour suprême du Canada ordonne la tenue d'un nouveau procès et précise le déroulement de l'enquête:

* Il incombera d'abord à l'appelant Sparrow de démontrer que la restriction imposée quant à la longueur des filets constitue une atteinte à première vue au droit ancestral collectif de pêcher à des fins de subsistance.

* Et si on conclut à l'existence d'une telle atteinte, le fardeau de la preuve passera au ministère public qui devra alors démontrer que le règlement est justifiable. A cet égard, le ministère public devra prouver l'absence de tout objectif inconstitutionnel sous-jacent (par exemple, ne pas

---

[47] Ibid., p. 34.

accorder la priorité absolue à la pêche des Indiens pour leur subsistance) et il devra également démontrer que le règlement qu'on cherchait à imposer était nécessaire pour réaliser la restriction requise [48].

La Cour suprême du Canada a donc très clairement établi que « les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire » [49] et que « la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définis en fonction de ces rapports historiques » [50]. La question qui se pose à nous, aujourd'hui, est de savoir si cette obligation incombe uniquement au gouvernement fédéral, en vertu de l'article 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867 ou si, au contraire, il s'agit là d'une obligation qui concerne aussi bien les gouvernements provinciaux que le gouvernement fédéral.

A notre avis, la réponse à cette question devrait être la suivante. L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 étant une norme constitutionnelle rendant «inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit» [51], elle devrait fort vraisemblablement être respectée par tous les gouvernements au Canada [52], et il en découle qu'inévitablement «la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones» [53] incombe à tout gouvernement, qu'il s'agisse du gouvernement fédéral ou des gouvernements provinciaux. D'ailleurs, on retrouve textuellement dans le jugement unanime des six juges de la Cour suprême, qui ont participé à la décision dans Sparrow, l'affirmation suivante:

« Il [le paragraphe 35(1)] accorde également aux autochtones une

---

[48] Ibid., p. 39.

[49] Ibid., p. 27.

[50] Ibidem.

[51] En vertu de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982.

[52] A notre avis, l'article 32 compris dans la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 devrait servir à tout le moins d'indicateur permettant d'identifier à qui s'applique la Partie II de cette même Loi constitutionnelle de 1982. Lire au sujet de l'application de la Charte canadienne des droits et libertés au gouvernement: SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd [1986] 2 R.C.S. 573, à la page 598 où le juge McIntyre, appuyé par les juges Dickson, Estey, Chouinard et Le Dain, écrit que « le mot " gouvernement " utilisé à l'article 32 de la Charte désigne le pouvoir exécutif à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial ».

[53] Sparrow, supra note 30, p. 27.

> une protection constitutionnelle contre la compétence législative provinciale. Nous sommes évidemment conscients que cela découlerait de toute façon de l'arrêt Guerin, précité, (...) » [54]

Si l'on accepte que l'article 35 comporte pour chacun de ces gouvernements la responsabilité d'agir en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones, et ce dans leurs domaines respectifs de compétence, on doit ensuite inévitablement suivre le raisonnement de la Cour suprême du Canada dans Sparrow et accepter que découle, de cette nouvelle règle constitutionnelle, une restriction à l'exercice de leurs pouvoirs souverains respectifs [55] . Bref, le pouvoir, qu'il soit fédéral, provincial ou même territorial, pour paraphraser le jugement de la Cour suprême, doit être concilié avec l'obligation de fiduciaire à l'égard des peuples autochtones, qu'elle soit fédérale, provinciale ou même territoriale, « et la meilleure façon d'y parvenir est d'exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux » ou à des droits issus de traités [56] , et ce selon le critère qui a très clairement été mis en application par la Cour suprême du Canada dans l'affaire Sparrow.

Nous n'entendons pas ici conclure péremptoirement sur cette question qui fera très certainement l'objet de nombreux litiges judiciaires. Notre objectif est plus modeste; il s'agit essentiellement pour nous de démontrer que les interventions du Protecteur du citoyen auprès de l'Administration publique québécoise à cet égard seront très certainement utiles et même nécessaires.

Chose certaine, il serait pour le moins contradictoire de voir l'Administration publique québécoise et ses fonctionnaires refuser de se sentir liés par cette nouvelle règle constitutionnelle, alors que la motion de 1985 de l'Assemblée nationale du Québec reconnaissait expressément les droits existants ancestraux et issus de traités des nations autochtones vivant au Québec [57] .

---

[54] Ibid., p. 24.

[55] Ibid., p. 27.

[56] Ibid., p. 28. Pour une conclusion aux mêmes effets, lire les commentaires des auteurs Morse, Pratt et Slattery, supra note 27, en se rappelant que leurs commentaires ne s'appuyaient que sur la décision de la Cour suprême du Canada dans Guerin, la décision dans Sparrow n'étant pas encore rendue au moment où ils écrivaient.

[57] Supra p. 16 de notre mémoire.

Quant au Protecteur du citoyen, sa mission étant d'agir comme contrepoids à la lourdeur et aux excès de la bureaucratie gouvernementale et d'assurer le plein exercice des droits des citoyens au sein de l'Administration publique québécoise, il devrait, par conséquent, pouvoir intervenir afin de corriger des situations où, dans le cadre des lois québécoises, cette Administration, ses fonctionnaires ou encore des sociétés d'Etat seraient susceptibles de porter atteinte aux droits existants ancestraux et issus de traités des peuples ou nations autochtones, dont l'existence, au Québec, à titre de nations distinctes, a été spécifiquement reconnue dans la motion de 1985. Il semble bien d'ailleurs que telle soit l'intention du Protecteur du citoyen puisqu'il a lui-même proposé, lors du dernier congrès national des ombudsmans provinciaux tenu à Halifax en septembre dernier, qu'un poste d'ombudsman ou commissaire parlementaire aux problèmes autochtones soit créé au niveau fédéral et que les ombudsmans provinciaux collaborent au règlement des différends entre les peuples autochtones et les gouvernements, dans leurs domaines de compétence respectifs, et ce en concertation avec le nouvel ombudsman ou commissaire parlementaire aux problèmes autochtones agissant, quant à lui, dans les domaines de compétence du gouvernement fédéral [58].

---

58 La résolution adoptée, le 21 septembre dernier, par les ombudsmans réunis à Halifax, se lit comme suit:

« ATTENDU QUE perdurent de sérieux problèmes non résolus concernant les relations des Autochtones avec le gouvernement du Canada;

ATTENDU QUE les mécanismes traditionnels n'ont pas permis au gouvernement du Canada et aux Autochtones de trouver une solution mutuellement acceptable à un grand nombre de litiges et de problèmes;

ATTENDU QUE les Ombudsmans provinciaux du Canada croient que le recours à une institution neutre et impartiale contribuerait grandement à la solution de ces problèmes;

LES OMBUDSMANS PROVINCIAUX DU CANADA CONVIENNENT :

- de demander au gouvernement fédéral de créer, en collaboration avec les représentants des peuples autochtones, un poste d'ombudsman fédéral chargé d'aider toute partie à un problème mettant en cause les peuples autochtones à identifier ses litiges et ses problèmes, à les clarifier, à en faciliter la discussion et à en trouver la solution, et, si jugé opportun, de faire enquête sur des plaintes ou des problèmes et de faire rapport par écrit au Parlement;

B. Un mandat exigeant une approche systémique et une bonne connaissance des droits, des langues et des cultures autochtones

Nul n'est besoin de rappeler les tristes événements de l'été dernier, pour faire comprendre qu'il y a lieu de favoriser au maximum une approche systémique et concertée dans le domaine encore si mal connu des droits des peuples autochtones du Canada. Non seulement faut-il assurer une étroite collaboration entre toutes les instances gouvernementales susceptibles d'être responsables, à un titre ou à un autre, d'une situation où les droits des peuples ou nations autochtones sont en cause, mais il faut également assurer de la part des divers ombudsmans, fédéral ou provinciaux, une approche qui tienne compte de la situation globale des peuples autochtones. Il est, en effet, impossible de vraiment protéger les droits de ces peuples si on ne procède que cas par cas. Il faut plutôt veiller à agir en fonction des droits collectifs des autochtones vis-à-vis l'ensemble des lois, règlements, directives et politiques des gouvernements.

Tous en conviendront, la tâche à accomplir risque d'être énorme, compte tenu du fait que plusieurs lois, tant fédérales que provinciales, peuvent porter atteinte, à un moment ou à un autre, aux droits ancestraux ou issus de traités des peuples ou nations autochtones du Canada. Elle risque également d'être difficile à accomplir dans la mesure où il s'agit d'un domaine entièrement nouveau du droit public canadien, susceptible, par conséquent, de susciter d'inépuisables controverses.

- de transmettre copies de cette résolution aux Premiers ministres du Canada et des provinces, aux représentants des peuples autochtones et aux chefs des partis d'opposition;

- que chacun des Ombudsmans provinciaux, selon sa propre compétence, prenne les mesures appropriées pour promouvoir le concept d'un ombudsman fédéral aux problèmes autochtones. »

L'idée d'intervention de la part des ombudsmans provinciaux à l'égard de ces problèmes dans leurs domaines respectifs de compétence et celle de la nécessaire concertation entre eux et l'éventuel commissaire fédéral aux problèmes autochtones a été exprimée dans le discours de Me Daniel Jacoby prononcé lors de ce congrès des Ombudsmans canadiens.

Le recours souple, généralement efficace et gratuit que constituent, au Québec, les interventions du Protecteur du citoyen auprès de l'Administration publique québécoise, devrait permettre d'éviter la commission d'injustices ou d'inéquités envers les peuples ou nations autochtones, et ce tout en échappant à la judiciarisation excessive de ce nouveau domaine du droit public canadien. Afin d'assurer que cet objectif soit atteint dans les meilleurs délais, nous réitérons à nouveau notre suggestion, déjà exprimée dans la première partie de notre mémoire, de veiller à ce qu'au moins une personne, ayant une bonne connaissance des langues, des cultures et des droits autochtones, soit nommée à la nouvelle fonction de Vice-Protecteur du citoyen et qu'au moins quelques personnes, possédant ces mêmes connaissances, soient embauchées, à titre d'employées ou d'adjointes au Protecteur du citoyen.

Quant à toutes les autres suggestions que nous avons pu formuler, dans la première partie de notre mémoire, relativement au mandat, aux orientations, aux activités et à la gestion du Protecteur du citoyen, elles s'appliquent *mutatis mutandis* à cette suggestion que nous faisons, maintenant, de nommer un Vice-Protecteur du citoyen ainsi que des employés ou adjoints au Protecteur du citoyen, chargés d'assurer, au sein de l'Administration publique québécoise, le plein exercice des droits existants ancestraux et issus de traités des peuples ou nations autochtones en rapport privilégié avec l'Etat québécois.

La volonté exprimée, en 1985, par l'Assemblée nationale du Québec de poursuivre un dialogue ouvert avec les peuples ou nations autochtones, se voit aujourd'hui interrogée. Va-t-elle, oui ou non, se concrétiser et assurer, notamment grâce aux possibles interventions du Protecteur du citoyen, la pleine reconnaissance des droits autochtones ? Une réponse négative à cette question, fondamentale pour nous, ne serait certes pas sans conséquence. En effet, comment serait-il alors possible de croire qu'au Québec les peuples ou nations autochtones sont mieux traités que partout ailleurs, comme on se plaît si souvent à l'affirmer à certaines tribunes publiques québécoises ? Comment serait-il permis d'accorder du poids à la motion adoptée, en 1985, par l'Assemblée nationale du Québec, si celle-ci n'estimait utile de créer un

mécanisme souple et gratuit, permettant de veiller aussi efficacement que possible, et de façon préventive, aux éventuelles atteintes, par son Administration publique, ses fonctionnaires et ses sociétés d'Etat, aux droits fondamentaux des peuples ou nations autochtones ? Et, enfin, comment les représentants de ces peuples pourraient-ils accorder foi, confiance et énergie aux négociations entreprises avec le gouvernement du Québec afin de conclure soit des ententes globales, soit des ententes sectorielles, visant à assurer, au Québec, l'exercice de leurs droits fondamentaux, si ce même gouvernement tergiversait sur son obligation constitutionnelle d'agir, dans ses propres domaines de compétence, en qualité de fiduciaire à l'égard des peuples ou nations autochtones ?

Chose certaine, il est clair pour nous, au Conseil des Atikamekw et des Montagnais, que la volonté du gouvernement du Québec à cet égard aura des répercussions immédiates sur notre propre projet de société. Comme nous l'indiquions en introduction, notre projet de société vise à assurer l'existence et le maintien de notre rapport privilégié à notre territoire ancestral ainsi qu'à protéger notre culture dans un contexte contemporain. Nous sachant voués au changement, nous estimons encore préférable, jusqu'à maintenant, de moins nous comparer à notre récent passé, où de multiples injustices et inéquités ont été commises contre nous, qu'à nous mesurer à nos ambitions profondes. Et nous acceptons encore de juger, selon ce même critère dynamique et ouvert, les gouvernements et les peuples avec qui nous cherchons à conclure des ententes mutuellement satisfaisantes. Mais si nous devions en arriver à la conclusion que le gouvernement du Québec, par exemple, n'entend pas respecter nos droits, satisfaire nos besoins ni partager nos ambitions, nous serions alors placés devant une obligation incontournable, celle de devoir reconsidérer nos stratégies et nos alliances. Si, jusqu'ici, nous avons toujours agi en espérant le mieux de ce gouvernement, représentant, comme nous, d'une minorité dont l'existence demeure toujours menacée en Amérique du Nord, nous nous estimons, aujourd'hui, en droit d'exiger de sa part des signes concrets de sa solidarité. Et, en terminant, nous nous permettons de lui rappeler une vieille maxime qu'il ne peut ignorer: « l'égalité exige que la loi aide le plus faible »...